

# RESPONSABILIDADE DOS PREFEITOS

## (Questões processuais controvertidas)

**RUI STOCO**

Juiz Substituto em Segundo Grau em São Paulo; Membro do Conselho Diretor do IBCrim; Responsável pela Seção de Direito Penal Econômico da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; Autor de *Código Penal e Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*

*Sumário: 1 - Considerações gerais. 2 - Prisão Preventiva. 3 - Afastamento temporário do Prefeito. 4 - Do rito procedimental. 5 - Do Ministério Público. 6 - A Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990.*

### 1. Considerações Gerais

O Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967 nasceu sob a inspiração do saudoso HELY LOPES MEIRELLES, excepcional jurista e Magistrado em São Paulo, autor do projeto que se converteu em lei.

A expressão “*crimes de responsabilidade*” está reconhecida no próprio texto da lei, referindo-se à responsabilidade funcional dos prefeitos, da qual a responsabilidade civil e mesmo a político-administrativa podem vir a ser consequência, não obstante independentes umas de outras.

A doutrina, aliás, aceita essa denominação dada para definir os delitos de natureza funcional cometidos por Prefeitos Municipais no exercício de suas funções.

Contudo, essa generalização é imprópria.

Em verdade, “*crime de responsabilidade*” traduz denominação que se dá apenas às infrações político-administrativas, também chamadas de “crimes políticos”, previstas no art. 4º do DL 201/67, impropriamente nomeados como de “responsabilidade”

Em sua estrutura ou arcabouço o DL n.º 201/67 prevê três espécies de sanções, como consequência da prática das condutas reprováveis nele especificadas: de natureza penal, impondo penas de reclusão e detenção; de natu-

reza político-administrativa, denominadas “*crimes de responsabilidade*”, através da perda do cargo ou inabilitação para o exercício do cargo ou função pública, efetiva ou de nomeação e que parte da jurisprudência do STF entende tratar-se de *impeachment*. de natureza civil, através da reparação do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Ademais o instituto tem por escopo não só coibir as infrações penais cometidas pelos Prefeitos mas também as infrações político-administrativas praticadas por Prefeitos e Vereadores, ou seja:

**a) aos Prefeitos Municipais:** sanção de caráter penal pela prática das condutas previstas nos incisos I a XV do art. 1º, alçadas à condição de crimes, bem como a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletiva ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil;

**b) ao Prefeitos Municipais:** a cassação do mandato pela Câmara de Vereadores, pela prática de infrações político-administrativas previstas no art. 4º;

**c) aos Vereadores:** a cassação do mandato pela Câmara de Vereadores, pela prática de infrações político-administrativas previstas no art. 7º.

Os crimes definidos no art. 1º constituem crimes comuns, que devem ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente de autorização da Câmara Municipal, punidos com reclusão ou detenção.

São crimes de ação pública incondicionada e procedimento comum, com pequenas alterações ou adaptações.

O processo político de cassação do Prefeito, obedecerá o rito do DL 201/67, salvo se outro for estabelecido pela legislação local, nos termos do seu art. 5º.

No Estado de São Paulo esse rito está disciplinado nos artigos 72 a 74 da Lei Orgânica do Município, de 6.4.90.

## 2. Prisão Preventiva

A prisão preventiva tem por objetivo precípua garantir a ordem pública e econômica, a conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal.

Busca evitar que o acusado interfira negativamente no andamento do procedimento, influenciando sobre as testemunhas, destruindo provas ou obstruindo a sua colheita.

Objetiva, também, que o réu não se evada, pondo-se em fuga, de modo que sua permanência no distrito da culpa assegurará a execução da pena que vier a ser imposta.

Por importar em verdadeira antecipação do resultado da ação, no que pertine ao próprio mérito, é que a lei impõe o preenchimento de dois pressupostos fundamentais: a existência de prova do crime e indícios suficientes de que o réu seja o seu autor (*corpus delicti*).

O art. 2.º, inciso II, do DL 201/67 estabelece:

“II - Ao receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á, obrigatoriamente e motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado, nos casos dos itens I e II do artigo anterior, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, em todos os casos”.

Como se verifica do enunciado da lei, em se tratando de medida grave, odiosa e violenta, que contraria o direito de liberdade, ínsito em qualquer cidadão, só pode ser decretada quando o réu estiver sendo acusado como incurso nos incisos I e II, do art. 1.º, ambos punidos com pena de reclusão de dois a doze anos e, portanto, considerados crimes gravíssimos.

São 15 (quinze) as figuras criminosas previstas no referido Decreto-Lei.

Contudo, o legislador só permitiu a prisão preventiva quando o réu estiver sendo acusado com fundamento nos incisos I e II, do artigo 1.º.

Fê-lo com absoluta correção e coerência.

Assim não fosse e estaríamos diante de conflito de normas, entre a lei especial e a lei processual codificada, que lhe é precedente.

Isto porque o art. 313 do Código de Processo Penal só admite a decretação da prisão provisória nos crimes dolosos punidos com reclusão.

E, como se verifica, apenas os incisos I (apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio) e II (utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas e serviços públicos), do DL 201/67 prevêem a pena de reclusão de dois a doze anos.

Para a prática das demais infrações previstas nos incisos III a XV o § 1.º previu pena de detenção de três meses a três anos.

Alias, não se justificaria mesmo a imposição de medida restritiva de liberdade pelo cometimento de delitos de menor potencial ofensivo, como ocorre com as demais figuras constantes do art. 1.º daquele Decreto-lei, quase todas consideradas meras irregularidades administrativas que o legislador, por força do princípio da moralidade pública estabelecido na Constituição Federal, alçou à categoria de crimes.

Para a decretação da prisão preventiva o Magistrado há de ser cauteloso, agindo com parcimônia, considerando que a prisão do Chefe do Executivo Municipal caracteriza medida extrema e excepcional e causará comoção junto aos munícipes e transtornos e desequilíbrios à Administração Pública.

Impõe-se decisão fundamentada, não podendo ser meramente retórica, com a repetição das palavras sacramentais da lei, ou a simples invocação, se o caso, das ponderações do órgão de acusação.

Cumpra explicitar as razões que conduzem à custódia preventiva e os fundamentos de fato e de direito que as informam.

### 3. Afastamento Temporário do Prefeito

O afastamento, contudo, tem outra conotação e objetivo.

Configura providência a que a lei deu natureza jurídica bifronte: a) processual, sob a forma de medida cautelar de impedimento temporário, e b) moralizadora, visando acautelar desmandos e preservar a moralidade pública.

Disse EURICO DE AZEVEDO tratar-se de medida processual e não propriamente de um *impeachment* judicial (*in Crimes de Responsabilidade de Prefeitos*, p. 37-38).

Sem dúvida é medida processual e não poderia mesmo deixar de ser.

Mas, embora a sua natureza provisória e marcadamente processual, não deixa de configurar um *impeachment*, posto não se despir essa medida do atributo fundamental de medida de caráter político.

Essa expressão, de origem inglesa, significa “impedimento, obstáculo, denúncia, acusação pública, ou destituição temporária”.

Em outro sentido, segundo DE PLÁCIDO E SILVA, “indica-se o procedimento parlamentar, cuja finalidade é a de apurar a responsabilidade criminal de qualquer membro do governo instituído, aplicando-lhe a penalidade de destituição do cargo ou função” (*in Vocabulário Jurídico*, Ed. Forense, Rio, 7.<sup>a</sup> ed., 1982, vol. I, p. 416).

Mas, o *impeachment* nunca foi essencialmente um instituto de natureza política no direito pátrio.

Embora, reafirme-se, seja também uma medida de caráter processual, não se pode deixar de reconhecer a existência de um impedimento temporário do Prefeito, imposto pelo Juiz. E é improvável que este, ao determinar o seu afastamento, não tenha feito uma avaliação política das circunstâncias locais, pois tais elementos fatalmente terão influído no seu juízo de valor ao determinar o afastamento.

Perceba-se que a prisão preventiva, por ser medida mais grave, odiosa e violenta, só pode ser decretada quando o réu estiver sendo acusado como incurso nos incisos I e II, do art. 1.<sup>o</sup>, enquanto que o afastamento pode ser determinado em qualquer dos quinze casos ou condutas previstas no referido artigo.

Mas o aspecto que mais se deve considerar para decretar o afastamento temporário pertine aos princípios que devem nortear o funcionário público, dos quais jamais pode se desviar ou distrair.

O art. 37 da CF/88 dispõe que “a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade...”.

Desse modo, o Prefeito que tenha, indubitavelmente, infringido qualquer desses dogmas, ainda que não declarada a sua culpa ou responsabilidade criminal através de sentença, deverá ficar afastado da Administração, de modo a não influir negativamente na gerência do município, no andamento regular da atividade que envolve a administração municipal.

Poder-se-á dizer que o fato de a lei permitir o afastamento do Prefeito apenas durante a instrução criminal, estaria a infirmar nosso posicionamento, considerando que após o encerramento da instrução reassumiria o cargo, com os mesmos riscos que se anteviram antes.

Cabe obtemperar, porém, que o legislador não se houve com a precisão e técnica exigíveis nas circunstâncias, permitindo “brechas” ou mecanismos legais legítimos que inviabilizam uma providência preventiva eficaz, tal como pretendeu.

Perceba-se que a lei prevê a interposição do Recurso em Sentido Estrito do despacho que decretar tanto a prisão preventiva como o afastamento do cargo, dando-lhe efeito suspensivo.

Destarte, não se pode buscar na própria lei a lógica do argumento, nem a coerência que ela não tem, considerando que o efeito suspensivo ao recurso torna tanto a custódia prévia como o afastamento temporário medidas inócuas e ineficazes, levando-se em conta o *id quod plerunque accidit*, ou seja, a expressiva demora no julgamento dos recursos submetidos aos Tribunais, por força do excessivo número de processos aguardando julgamento.

A manifestação *ex officio* do Relator do processo sobre a prisão preventiva e o afastamento do Prefeito, antes de receber a denúncia é obrigatória.

Segundo dispõe o artigo 2º, II do DL 201/67 o afastamento prévio do exercício do cargo só pode vigorar enquanto durar a instrução criminal, que vai do recebimento da denúncia até a fase de alegações finais, prescrita no art. 500 do CPP.

Do despacho que decreta ou nega a prisão preventiva ou o afastamento temporário do Prefeito o inciso III do art. 2º do DL 201/67 dispõe caber Recurso em Sentido Estrito para o Tribunal competente, no prazo de

cinco dias, em autos apartados, que se processa como Agravo e permite juízo de retratação (cf. art. 589 do CPP).

Diz o preceito que esse recurso do despacho que decretar a prisão preventiva ou o afastamento do Prefeito **terá efeito suspensivo**.

Com essa providência, o legislador inviabilizou e desmoralizou essas duas providências, pois a eficácia dessas medidas estará condicionada à total eficiência dos Tribunais Estaduais em conduzir o processo-crime.

Quanto maior a demora no desfecho da causa, menor a possibilidade de se obter eficácia dos decretos de prisão preventiva e afastamento temporário, pois o efeito suspensivo ao recurso manterá o Prefeito em liberdade e no exercício do cargo até o término de seu mandato.

De qualquer modo, o afastamento não poderá ultrapassar o tempo de duração da instrução criminal (81 dias, segundo jurisprudência consagrada).

#### **4. Do Rito Procedimental**

O art. 2º do DL 201/67 dispõe que “o processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido no Código de Processo Penal, com as seguintes modificações...”.

Ocorre que esse estatuto foi colocado em vigor na vigência da Constituição Federal anterior, que cometia aos Juízes de Primeira Instância o processo e julgamentos dos Prefeitos Municipais.

Mas, o art. 29, inciso VIII da CF/88 determinou o julgamento dos Prefeitos perante os Tribunais de Justiça dos estados.

A partir de então algumas questões foram suscitadas e mereceram a atenção dos Tribunais:

**Primeira:** A disposição do art. 29, inciso VIII da CF/88 é auto-aplicável ou estaria a depender de regulamentação?

Resta claro que a disposição, de natureza processual apenas, teve aplicação imediata, não dependendo da edição das novas Leis Orgânicas dos Municípios para ter eficácia, como defenderam alguns.

**Segunda:** Nos processos em curso no momento em que promulgada a atual Constituição Federal os atos instrutórios praticados em Primeira Instância têm validade, ou deveriam ser renovados quando remetidos aos Tribunais?

Evidentemente que haveriam de ser aproveitados, pois, excetuados os atos decisórios, até os atos praticados por juízo incompetente são válidos e aproveitáveis.

**Terceiro:** Os delitos cometidos pelos Prefeitos em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas autarquias e empresas pú-

blicas são da competência da Justiça Federal? E os dolosos contra a vida, compete ao Júri Popular julgá-los?

Não obstante inúmeros acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais Regionais Federais favoráveis à primeira tese, dela discordamos veementemente.

Excetuada a competência da Justiça Especial, de que é exemplo apenas a Justiça Eleitoral, o privilégio de foro, nos termos da CF/88, que não faz qualquer distinção, se refere ao julgamento de qualquer ação penal, inclusive de natureza privada, qualquer que seja o delito cometido ou o bem jurídico atingido, ainda mesmo nos crimes dolosos contra a vida.

Isto porque o foro privilegiado estabelecido como foro natural em razão do cargo que o sujeito ativo ostenta, tem o poder de excluir qualquer outro foro comum, pois o que se contém nessa competência *ratione personae* constitui sobretudo uma garantia.

É certo que o art. 5º, inciso XXXVIII, letra “d” da CF/88 atribuiu ao Júri competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (competência em razão da matéria). Não menos certo, porém, que o art. 29, inciso VIII da mesma Carta impôs-lhe e lhe concedeu uma exceção, atribuindo a uma determinada categoria de autoridades o direito e garantia de ver-se julgados pelos Tribunais de Justiça (competência privativa *ratione muneris*).

Não é, aliás, novidade, nem exsurge como exemplo único.

O Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República são processados e julgados, originariamente, pelo Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns (CF/88, art. 102, I, “b”).

Mesmo privilégio foi concedido, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, aos Ministros de Estado, membros de Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas da União e aos chefes de missão diplomática (CF/88, art. 102, I, letra “c”).

Ao Superior Tribunal de Justiça foi entregue o julgamento, nos crimes comuns, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal e dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, além de outros ali especificados (CF/88, art. 105, I, “a”)

Perceba-se que a Magna Carta não elencou as “**infrações penais comuns**”, segundo a dicção da Lei Maior, não cabendo ao intérprete fazê-lo, posto que uma Carta de Princípios não se interpreta no mesmo rumo das leis ordinárias.

Por esses fundamentos é que nunca se viu, nem se verá, qualquer dessas autoridades sendo julgados por um Conselho Popular e leigo, por

uma questão de simetria.

**Quarto:** As disposições processuais do DL n.º 201/67, que estabelecem o rito procedimental na ação penal contra prefeitos foram derogadas?

A Magna Carta recepcionou apenas em parte as disposições processuais daquele Decreto-lei, revogando as que não mais se compadecem com o procedimento adotado nos julgamentos dos Tribunais.

Mas cabe observar que apenas parte do artigo 2º do DL 201/67 foi revogado, quando determina o processo e julgamento pelo juízo singular.

No mais, prevalecem as regras nele estabelecidas, inclusive a que determina a aplicação do Processo Comum do art. 394 e seguintes do CPP.

Obrigatória a defesa preliminar, no prazo de cinco dias, a que se refere o inciso I, do art. 2º do DL 201/67 como condição para o recebimento da denúncia, posto que o alcaide é considerado funcionário público, nos termos do art. 327 do Código Penal.

Evidentemente que o julgamento dos Prefeitos com foro privilegiado por prerrogativa de função (*ratione muneris*) obriga a uma adequação, apenas no que pertine ao órgão julgador no Tribunal, embora basicamente o procedimento padrão seja o definido em lei, por ser de ordem pública.

## 5. Do Ministério Público

Com o cometimento aos Tribunais Estaduais da prerrogativa para processar e julgar os Prefeitos Municipais surge outra questão.

A qual dos órgãos do Ministério Público compete atuar em autos de inquérito policial e de processo-crime contra Prefeitos?

Na Primeira Instância, como não se desconhece, atua o Promotor de Justiça em exercício no local do fato, enquanto na Segunda Instância, de regra, essa função é entregue aos Procuradores da Justiça designados pelo Procurador Geral da Justiça.

Cabe obter-se que a distribuição de atribuições entre os membros do Ministério Público não encerra questão relativa à competência; expressa e traduz matéria de organização interna dessa instituição no âmbito da União, dos estados federados e do Distrito Federal.

E, nos termos do art. 29 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n.º 8.625, de 12.2.93), compete ao Procurador-Geral da Justiça: V - ajuizar ação penal de competência originária dos Tribunais, nela oficiando.

Aliás, no Estado de São Paulo o Procurador Geral da Justiça baixou regramento interno, através do Ato n.º 3/90 disciplinando a atuação funcional do Ministério Público em face do disposto no art. 29, VIII da Constituição Federal, deixando claro que o Promotor de Justiça deverá declinar de



sua natural atribuição quando ao Prefeito estiver sendo atribuída a autoria de fato que, em tese, possa caracterizar ilícito penal.

Portanto, apenas o Procurador-Geral da Justiça ou os Procuradores por ele designados poderão officiar nos processos-crime contra Prefeitos.

Nem mesmo a requisição para abertura de inquérito policial poderá ser feita pelo Promotor de Justiça.

## **6. A Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990**

A Lei Federal n.º 8.038 de 28.5.90 instituiu normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, a Lei n.º 8.658, de 26.5.93 estabeleceu em seu art. 1º que “as normas dos artigos 1º a 12, inclusive, da Lei n.º 8.038/90, aplicam-se às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dos Tribunais Regionais Federais”.

Por força desses preceitos vem-se defendendo a obrigatoriedade de os Tribunais dos estados federados seguir esse procedimento da Lei n.º 8.038/90 nas ações originárias contra Prefeitos Municipais, inclusive e principalmente, sustentando que o processo e julgamento se fará perante o Órgão Especial ou Tribunal Pleno.

Cabe discordar.

Lamentável dizer, mas referida lei é flagrantemente inconstitucional.

Está em antinomia com o art. 96 da Magna Carta que preceitua competir privativamente aos Tribunais elaborar seus Regimentos Internos... dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Como é cediço, as regras sobre organização judiciária competem, no âmbito de sua atuação, aos Tribunais Estaduais.

A lei federal em questão pretendeu revogar — a um só tempo — os Regimentos Internos de todos os tribunais estaduais e regionais federais.

E, cabe observar, o Regimento Interno de um Tribunal, segundo concepção da mais alta Corte de Justiça — o Colendo Supremo Tribunal Federal — é considerado **Lei**, no âmbito de seu universo de abrangência (STF, TP, ADIn 1.105, *RDA* 200/203).

Com relação às unidades federadas, ofendeu e conspurcou o princípio da autonomia dos Estados, não podendo ser considerada como aplicável nos Tribunais de Justiça, naquilo que for da competência exclusiva de seus Regimentos Internos, como é o caso da repartição de competência entre suas Câmaras e Turmas ou, mesmo a definição de atribuições do Órgão Especial

ou Tribunal Pleno.

Não se pode olvidar que o § 4.º, do art. 101 da LOMAN atribuiu às Câmaras, Turmas ou Seções especializadas o *status* de Tribunal, quando no exercício de sua atividade jurisdicional.

Isso quer dizer que uma decisão da Câmara, Turma ou Seção traduz emanção do próprio Tribunal.

Em conclusão, a disposição constitucional contida no art. 29, VIII dá aos prefeitos municipais privatividade de foro para verem-se julgados, originariamente e em única instância, pelos Tribunais de Justiça, segundo as regras internas de competência estabelecidas nos respectivos Regimentos Internos, como afirmação maior de sua autonomia ou autogoverno, independência e da competência residual constitucionalmente assegurada.